

EL COSTE DE UNA DECISIÓN QUE SE NO QUIERE TOMAR.  
OBSERVACIONES ACERCA DE LA INTRODUCCIÓN  
DEL DELITO DE TORTURA EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO  
Y UN ESBOZO DE REFORMULACIÓN DE LA IDEA  
DE LEGISLADOR RACIONAL\*

THE COST OF AN UNWANTED LEGISLATION.  
CRITICAL REMARKS ABOUT THE ENACTMENT  
OF THE CRIME OF TORTURE IN ITALIAN LAW  
AND A REALISTIC SKETCH OF THE IDEA OF RATIONAL LEGISLATOR

FRANCESCO BIONDO  
Università di Palermo

Fecha de recepción 19-11-18

Fecha aceptación: 24-7-19

**Resumen:** *Tras una larga y polémica gestación, el 5 de julio de 2017 el Parlamento italiano aprobó la Ley 110/2017, que introdujo el delito de tortura en el ordenamiento jurídico. Nuestra hipótesis acerca de la falta de voluntad de legislador en insertar en el Código Penal un delito específico de tortura es que resulta necesario reformular el modelo del legislador racional: en este caso estamos ante un legislador que pretende no tanto resolver un problema cuanto no pagar un alto coste electoral cuando ya es evidente que debe tomar una decisión al respecto porque así lo exige el Tribunal de Estrasburgo. A pesar de esto, y aunque el texto legal finalmente aprobado es ambiguo y presenta un notable déficit de determinación, puede ser considerado “éticamente racional” en la medida en que mejora las garantías legales frente a los actos de tortura. Por lo tanto, una reformulación en sentido realista de la idea de legislador racional no implica la asunción de algún tipo de no cognitivismo ético.*

---

\* Ponencia presentada en las Jornadas sobre Tortura celebradas en la Universidad Jaume I de Castellón. Agradezco a Jesús García Cívico y a Massimo La Torre sus comentarios sobre el texto. Todos los errores que subsisten son únicamente imputables al autor.

**Abstract:** *After a difficult and disputed drafting, on July 5, 2017, the Italian Parliament approved the Act n. 110/2017, which introduced the crime of torture in Italy. The lack of will of Italian Parliament in promulgating the law, even though Strasbourg Court urged in several occasion to reform the law in order to avoid cases of insufficient sanctions in case of violation of art. 3 of the European Convention on Human Rights, can be explained through a redefinition of the model of legislative rationality: legislator might be considered rational when it enacts ambiguous legislative texts at the lowest electoral cost if it urged to do by the pressure of supranational jurisdictions. Finally, even though this act needs continuous intervention by the judges, who could adopt the role of substitute legislators (thus violating the legality principle), the norms enacted might be considered “ethically justified” since enhance legal remedies against torture. For, our redefinition of rational legislator does not imply a form of moral scepticism in public affairs.*

**Palabras clave:** tortura, legislador racional, Convenio Europeo de Derechos Humanos, principio de legalidad penal

**Keywords:** torture, rational legislator, European Convention on Human Rights, legality principle

## 1. INTRODUCCIÓN

Tras una larga y polémica gestación, el 5 de julio de 2017 el Parlamento italiano aprobó la Ley 110/2017, que introdujo el delito de tortura en el ordenamiento jurídico del país transalpino. La aprobación de la citada ley puso punto final a una situación anómala y curiosa en el panorama europeo de la tutela de los derechos humanos: la de un Estado que desde finales de la década de los 40 cuenta con una constitución liberal democrática, que desde el principio es parte del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Consejo de Europa, Roma, 1950; en adelante, CEDH), que firmó y ratificó la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes (Asamblea General de Naciones Unidas, 1984; en adelante, Convención ONU) y que, sin embargo, hasta ese momento no disponía en su legislación penal de un tipo específico que castigara la tortura. Recordemos el tenor literal del artículo 2.1 de la Convención ONU: “Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”.

Por su parte, el artículo 4 establece:

1. *Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda ten-*

tativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.

2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

La Convención ONU fue ratificada por Italia mediante la Ley 489 del 3 de noviembre 1988. Por tanto, el legislador ha introducido en el ordenamiento las previsiones del artículo 4 del instrumento internacional con un retraso considerable, circunstancia que fue censurada por el Comité contra la Tortura en las conclusiones de su 38ª Sesión, celebrada en 2007 (CAT/C/ITA/CO/4).

La situación de incumplimiento por omisión se hizo patente después de que, en los procedimientos judiciales sobre los actos de violencia cometidos por las fuerzas de policías y las guardias de custodia en la escuela Diaz y en la Caserma Bolzaneto, todos los acusados fueran condenados a sanciones administrativas y penales mínimas, ello al menos por cuatro razones:

- 1) La falta de un delito específico,
- 2) La ausencia de colaboración de los cuerpos de seguridad en las investigaciones,
- 3) La promulgación de la ley 241 de 2006, que redujo a 3 años las penas previstas para todos los delitos cometidos hasta el 2 de mayo de ese año, y
- 4) La sustancial impunidad que la prescripción propicia en el enjuiciamiento de los hechos<sup>1</sup>.

El impulso definitivo para la promulgación de la ley lo dio, en todo caso, la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo (en adelante, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH) en dos juicios: el caso *Cestaro vs. Italia*, sentencia de 7 de abril de 2015 (R.6884/11<sup>2</sup>), y el caso *Bartesaghi, Gallo et al. vs.*

---

<sup>1</sup> Sobre este punto, remitimos *ex multis* a A. PUGIOTTO "Repressione penale della tortura e costituzione. Anatomia di un reato che non c'è", *Diritto Penale Contemporaneo*, núm. 2, 2014, 137-138. Para un análisis de las dos sentencias de la Corte di Cassazione véase A. COLELLA "La sentenza della cassazione sui fatti della Scuola Diaz: un nuovo tassello nella trama dei rapporti tra sistema penale italiano e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 de octubre 2012. Disponible en: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/1773-la-sentenza-della-cassazione-sui-fatti-della-scuola-diaz-un-nuovo-tassello-nella-trama-dei-rapporti>, e Id., "La sentenza della cassazione su Bolzaneto chiude il sipario sulle vicende del G8 (in attesa del giudizio della Corte di Strasburgo)", *Diritto Penale Contemporaneo*, 29 octubre 2013. Disponible en: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/2483-la-sentenza-della-cassazione-su-bolzaneto-chiude-il-sipario-sulle-vicende-del-g8-in-attesa-del-giud>.

<sup>2</sup> Sobre la sentencia *Cestaro*, véase F. CASSIBBA "Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola Diaz-Pertini", *Diritto Penale Contemporaneo*, 27

*Italia*, sentencia de 22 de junio de 2017 (R. nn. 12131/13 e 43390/13<sup>3</sup>), resolución, esta última, dictada justo un mes antes de la aprobación de la ley. En ambos casos, Italia fue condenada por violación de las obligaciones sustanciales y procesales que derivan del artículo 3 de la CEDH.

Según el texto literal de la sentencia del caso Cestaro (que fue decidido por unanimidad y que, por lo tanto, contó también con el voto del juez nacional italiano Guido Raimondi), lo primero que había quedado en evidencia en el caso era la falta de aplicación de un efectivo tratamiento sancionador (apdo. 242).

Además, la sentencia del TEDH insta al legislador italiano a modificar el ordenamiento con el fin de que las conductas que violan el art. 3 de la CEDH (apdo. 243) sean eficazmente sancionadas. Más allá del necesario análisis dogmático que reclama el texto de la Ley 110/2007 –y de la pertinencia de llevar a cabo un estudio comparativo (aproximación que excede los objetivos de este estudio<sup>4</sup>)–, cabe subrayar que nos enfrentamos a un caso interesante tanto para la filosofía como para la sociología del Derecho.

¿Por qué el legislador de un Estado constitucional que desde el inicio ha sido parte de la CEDH y que ha adquirido numerosos compromisos internacionales en la materia que nos ocupa ha tardado tanto en promulgar la ley? ¿Cuáles han sido las razones esgrimidas –también en Estrasburgo– para justificar el hecho de que hasta 2017 no se tipificara la tortura como delito específico en el ordenamiento italiano? ¿La reforma operada por la ley 117/2017 resuelve los problemas puestos de manifiesto por el TEDH?

Nuestra hipótesis es que, finalmente, todas las respuestas giran alrededor de un eje: el legislador vago, pero racional, es decir, el legislador que pretende no tanto resolver un problema cuanto no pagar un coste, en términos

---

abril 2015. Disponible en: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3873-violato-il-divieto-di-tortura-condannata-l-italia-per-i-fatti-della-scuola---diaz-pertini->.

<sup>3</sup> Sobre la sentencia Bartesaghi Gallo, véase F. CANCELLARO “A Bolzaneto e ad Asti fu tortura: tre nuove condanne inflitte dalla corte di Strasburgo all’Italia per violazione dell’art. 3 CEDU”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 de noviembre 2017. Disponible en: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5724-a-bolzaneto-e-ad-asti-fu-tortura-tre-nuove-condanne-inflitte-dalla-corte-di-strasburgo-all-italia-p>.

<sup>4</sup> Para un análisis comparativo, véase G. SERGES “L’introduzione dei reati di tortura in Italia e in Europa quale corollario della tutela ‘fisica e morale’ della persona umana ‘sottoposta a restrizioni di libertà’”, *Costituzionalismo.it*, núm. 2. 2015, disponible en: <http://www.costituzionalismo.it/articoli/522/>; E. SCAROINA, *Il delitto di tortura. L’attualità di un crimine antico*, Cacucci, Bari, 2018, pp. 169-215.

de votos<sup>5</sup>, en el momento en que está claro que hay que decidir porque así lo exige el TEDH, ello a pesar de que no tenga ninguna intención de hacerlo (tal y como lo demuestran los numerosos intentos, todos fallidos, orientados a aprobar esta reforma desde mediados de los años ochenta<sup>6</sup>). Se trata, pues, de explicar estas dos circunstancias:

- 1) la inactividad de un legislador que niega incluso la propia existencia del problema y que, al mismo tiempo –y en la estela de los parámetros del populismo penal, que tanto predicamento tiene en Italia–, aprueba continuamente modificaciones del Código Penal bajo la premisa de que cualquier problema social –por ejemplo, la inmigración– debe ser tratado como un problema penal o como un asunto que demanda una intervención “de emergencia”<sup>7</sup>; y
- 2) el manifiesto carácter “de compromiso” del texto de la Ley 110/2017 reconocido por los propios partidos que finalmente votaron a favor del mismo, cuando se estaba agotando la legislatura. Dado que, en ausencia de una intervención judicial coherente, el texto aprobado puede resultar inaplicable a los supuestos que han motivado su aprobación –es decir, a casos como Bolzaneto y Díaz<sup>8</sup>–, considero pertinente asumir una declinación realista (que no implica el rechazo de la racionalidad en ética) del concepto (o, mejor dicho, del modelo) tradicionalmente considerado un dogma: el del legislador

---

<sup>5</sup> Según el último boletín del servicio nacional de estadística (ISTAT) en Italia los partidos políticos están peor valorados que el Parlamento, la judicatura y las fuerzas de seguridad, siendo estas últimas mejor valoradas que las dos anteriores. Véase <https://www.istat.it/it/archivio/207259>, en particular el capítulo 6 (Politica e istituzioni).

<sup>6</sup> El primer intento de promulgar una ley al respecto (a iniciativa del senador Nereo Bartello) data de 1989. Sobre la historia de los intentos fallidos de promulgar una ley sobre la tortura, véase D. CARBONI “Breve storia della (mancata) introduzione del reato di tortura in Italia”, en P. GONNELLA y A. MARCHESI (a cura di), *Onorare gli impegni*, Sinnos ed., Roma, 2006.

<sup>7</sup> No escapa a esta deriva el ordenamiento español. Como afirma J.L. DIEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 14, “[...] la ley penal ha acumulado recientemente unas funciones sociales significativamente distintas a las que ellas eran tradicionales, entre las que se pueden citar la asunción, a falta de mejores alternativas, del papel de código moral de la sociedad, su protagonismo en la progresiva juridificación de cualesquiera conflictos o dilemas valorativos sociales, o su utilización con fines meramente simbólicos”.

<sup>8</sup> La lectura de las declaraciones de voto en la votación final muestra que todos los partidos favorables a la norma veían el texto como un resultado quizás insuficiente; sin embargo, votaron a favor para no perder la última oportunidad de promulgar una reforma tan esperada –y necesaria después de varias condenas del TEDH–.

racional<sup>9</sup>. El legislador no solo es racional porque trata de resolver y colmar, respectivamente, las antinomias y las lagunas del sistema, tal y como pretende el dogma positivista; también es racional cuando aprueba reformas legislativas urgido por las múltiples resoluciones de condena dictadas contra su país por instancias jurisdiccionales supranacionales, con independencia de que la aplicación coherente a los casos para los que están diseñados los textos legales resultantes de la reforma sea difícil o problemática, y al margen también de que para ello sea necesaria una intervención continua de los jueces, que podrían asumir el papel de legisladores suplentes (violando así el principio de legalidad penal). Es decir, la racionalidad del legislador no puede ser evaluada únicamente desde el prisma de las características del texto legal aprobado o de su capacidad de resolver una cuestión social. El “legislador” es, también, un agregado de individuos que deciden con la mira puesta en los costes que ellos y sus partidos deben asumir –en primer lugar, frente a los electores–. Por lo tanto, el legislador puede considerarse racional a partir de las estrategias que pone en marcha con el fin de minimizar los costes y aumentar los beneficios personales para los representantes individuales y los partidos a los que pertenecen. En este caso, la urgencia (“no podemos perder esta ocasión”) podría finalmente legitimar una estrategia consistente en atribuir al poder judicial la función de legislador suplente –estrategia que, como veremos, no ha sido infrecuente en la historia italiana–. Un poder distinto al poder legislativo deberá, por tanto, asumir los eventuales costes sociales en forma de pérdida de legitimidad. Un poder, el judicial, que, al menos en Italia, goza de una amplísima autonomía frente a los poderes legislativo y ejecutivo y al que siempre se podrá acusar de “hacer política”, de “no proteger a las fuerzas de seguridad frente a las imputaciones de los detenidos y/o acusados”, de “dificultar la labor de la policía” o, en fin, de “no defender los intereses de su propio país” (si los jueces prestan servicio en el TEDH). Ahora bien, los defectos de formulación de la ley y el papel tan relevante que se atribuye a los órganos de aplicación no determinan que la ley sea

---

<sup>9</sup> Sobre la modificación del concepto de legislador racional, véanse M. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997; y G. MARCILLA CÓRDOBA, *Racionalidad legislativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.



también “éticamente irracional”, dado que puede reducir el fenómeno de la tortura o al menos hacer más eficaz la amenaza de sanción a quienes cometan actos de tortura.

Nuestra argumentación se estructurará del siguiente modo. En primer lugar, repasaremos algunos casos de tortura que han sido objeto de investigación y las decisiones judiciales recaídas en los mismos a fin de presentar una sumaria “fenomenología de un delito inexistente” y de desmentir las dos tesis que se han esgrimido cada vez que se ha hablado de tortura: 1) que no se producen (ni se han producido) actos de tortura en Italia, ni siquiera como *extrema ratio* en la lucha contra el terrorismo; y 2) que, independientemente de la reforma de 2017, el ordenamiento jurídico dispone de recursos suficientes para sancionar estas prácticas (tal y como el Estado italiano ha argumentado, sin éxito, en el procedimiento que condujo al fallo Cestaro: apdos. 196-199). En segundo lugar, presentaremos brevemente el texto de la reforma y, con apoyatura en las numerosas críticas contra la misma vertidas por la doctrina, pondremos de relieve los puntos más ambiguos del texto aprobado. En tercer lugar, mediante un somero análisis de las reacciones de indignación de los sindicatos de las fuerzas de policía –en particular, de la Polizia di Stato y de la Polizia Penitenziaria–, explicaremos por qué esta reforma puede ser considerada un caso de lo que hemos llamado «legislador vago, pero racional», es decir, un legislador que, por falta de consenso o de tiempo promulga textos con evidentes déficits de taxatividad. Finalmente, intentaremos argumentar en qué sentido nuestra noción de legislador vago pero racional no implica la asunción de una forma de no cognitivismo ético o una eliminación de los juicios morales en el ámbito de la decisión política, y sostener que, por el contrario, tal perspectiva constituye una útil integración realista de las teorías de la racionalidad legislativa orientada a tomar suficientemente en consideración el problema de los costes de quien debe tomar la decisión legislativa.

## 2. RÁPIDA FENOMENOLOGÍA DE UN DELITO INEXISTENTE

Por sorprendente que pueda parecer, durante mucho tiempo en Italia se ha asumido que no existía un serio problema atinente al uso de la tortura por parte de las fuerzas de policía (ni la existencia de una escuadra de torturadores)<sup>10</sup> y que el ordenamiento jurídico disponía ya de un consistente

---

<sup>10</sup> Esta tesis ha sido expuesta por los sindicatos de policía cada vez que se ha iniciado un procedimiento penal sobre actos de violencia y daño contra personas bajo custodia

conjunto de normas preordenadas a castigar las conductas inhumanas y/o degradantes llevadas a cabo por miembros de la policía o de los cuerpos de seguridad, de conformidad con lo que disponen la Convención ONU (1984) y la CEDH (1950).

La crónica judicial, sin embargo, no parece confirmar esta tesis, reiteradamente afirmada por los responsables políticos de los cuerpos de seguridad. El revuelo generado por las sentencias de los casos de violencia acaecidos durante la cumbre del G8 de Génova (2001) desempolvó de los archivos de los pocos periodistas que se habían involucrado en la investigación de estos asuntos algunos casos de tortura que querían olvidarse, casos que también recordaron algunos garantistas de primera hora como Luigi Ferrajoli.

En el caso de los interrogatorios de un grupo de afiliados al grupo *Brigate Rosse*, ha quedado acreditado el uso de técnicas de tortura hoy ampliamente cuestionadas –entre ellas, el famoso *waterboarding*, es decir, la ingesta de grandes cantidades de agua y sal, así como algunas torturas *no touch* como las falsas ejecuciones– para obtener datos en las investigaciones. Estas informaciones condujeron finalmente a la localización del escondite en el que las *Brigate Rosse* mantenían secuestrado al general de la NATO James Dozier. En este supuesto, que integra todos los elementos del hipotético caso del *ticking bomb* (en la medida en que se trataba de salvar a una persona cuya vida corría peligro), uno de los imputados, el funcionario de policía Salvatore Genova pudo eludir los juicios que con muchas dificultades se pusieron en marcha en Pádoa en 1982 gracias a su condición de miembro de la Cámara del Parlamento, que finalmente declinaba la petición de llevar a juicio al imputado. Se trata del mismo funcionario que, sin embargo, el 5 de abril de 2012, ante al mismo periodista (Pier Vittorio Buffa) que 28 años

---

judicial. Además, hay que anotar que Virginio Rognoni, titular del Ministerio del Interior y responsable político, por tanto, de los cuerpos de seguridad, siempre ha reiterado su total confianza en el hecho de que contra el terrorismo nunca se ha usado tortura; lo ha hecho no solo con ocasión de reiteradas preguntas parlamentarias en 1982, sino también en 2014, cuando judicialmente ya se había demostrado el recurso a estas prácticas. Véase PUGIOTTO, “Repressione penale della tortura e costituzione. Anatomia di un reato che non c’è”, cit. n. 41, y A. ZAMPERINI, M. MENEGATTO, F. VIANELLO, “La questione tortura in Italia”, *Studi sulla questione criminale*, vol. XIII, núm. 2, 2018, pp. 11-12. Un caso de admisión de responsabilidad (al menos histórica y política, pero no personal, dado que uno de los autores, G. Amato, fue entre 1983 y 1987 vicepresidente del Consejo de Ministros) puede encontrarse en el libro de G. AMATO y A. GRAZIOSI, *Grandi Illusioni*, Il Mulino, Bolonia, 2013, pp. 152-153.



antes había denunciado las torturas<sup>11</sup> –y en el mismo periódico (*L'Espresso*)– afirmó que, efectivamente, se habían cometido tales hechos, entre ellos el *waterboarding*. Además, admitió que la elección al Parlamento en las listas del Partito Socialdemocratico resolvió sus problemas, mientras que sus colegas, que fueron condenados en primer grado a penas de un año de cárcel con suspensión de la pena por la aplicación de la atenuante de «haber actuado por motivos de particular valor ético y moral»<sup>12</sup>, se beneficiaron de la amnistía<sup>13</sup>. Y confirmó que existía un grupo de expertos en tortura, los llamados «cuatro de la Ave Maria», así como el denominado “Doctor De Tormentis”, seudónimo que investigaciones judiciales posteriores identificaron con el funcionario Nicola Ciocia<sup>14</sup>. Tras el éxito de la liberación del general Dozier,

---

<sup>11</sup> Pier Luigi Buffa había publicado las declaraciones anónimas de algunos policías que estaban al tanto de las prácticas, con un artículo («Il rullo confessore») en la revista *L'Espresso*, el 28 de febrero de 1982. El periodista fue encarcelado el nueve de marzo de 1982 por no haber declarado la fuente de las declaraciones de su artículo. Sin embargo dos días después, el 11 de marzo, una delegación del sindicato de policía SIULP indicó al juez la fuente de las declaraciones y el periodista fue absuelto de todas las acusaciones. Naturalmente, el revuelo en las fuerzas de seguridad fue enorme. Frente a esta postura “garantista” del SIULP (Sindacato Italiano Unitario Lavoratori Polizia), cabe destacar el planteamiento del SAP (Sindacato Autonomo di Polizia), que: a) negaba la existencia de prácticas de tortura, prácticas que, sin embargo, quedaron judicialmente demostradas años después, y b) afirmaba que estaba justificada la presión psicológica para doblegar la voluntad de los terroristas. Sobre estos hechos se puede consultar A.A. V.V., *Le torture affiorate*, Roma: Sensibili alle foglie, 1998.

<sup>12</sup> Sobre los juicios, véase L. SARACENI “Come si svuota un processo (la vicenda dei NOCS dall’istruttoria al giudizio di cassazione)”, *Questione Giustizia*, núm. 2, 1988, pp. 331-342. La sentencia del Tribunal de Pádova se puede leer en *Foro Italiano*, 1984, II, 230, con nota de D. PULITANÒ, “L’inquisizione non soave, fra pretese ‘necessità’ e motivi apprezzabili”, *Foro Italiano*, parte II, 1984, pp. 231-238.

<sup>13</sup> Recordemos que, antes de la reforma de la Constitución, (Ley 1 de 1992), según el art. 72 el presidente de la República podía, bajo autorización parlamentaria, conceder la amnistía y/o el indulto. Tras la reforma del 1992 es necesaria una mayoría de dos tercios del Parlamento, así que el número de estos actos ha pasado de 13, entre en 1948, a solo dos desde 1992 hasta hoy. Solo en los años 80 se han aprobado 3 leyes de amnistía e indulto. De todas formas, no hay que olvidar las responsabilidades de la Corte di Cassazione, sezione V, que en su juicio definitivo sobre las torturas por parte de los NOCS (Sentencia del 14 de enero 1987): a) argumentó de manera claramente contradictoria respecto a sus orientaciones previas acerca de los mismos delitos, y b) rozando el absurdo, afirmó que, dado que el torturado no había confesado entonces el delito de violencia privada no se había consumado, sino que quedaba en un “intento”, todo ello con el fin de calificar favorablemente las conductas de los imputados. Véase SARACENI, “Come si svuota un processo (la vicenda dei NOCS dall’istruttoria al giudizio di cassazione)”, cit. pp. 338-341.

<sup>14</sup> Véase L. MASERA, “Il prof. de tormentis e la pratica del waterboarding in Italia, Corte d’Appello di Perugia, 15 ottobre 2013, pres. est. Ricciarelli”, *Diritto Penale*

la práctica del *waterboarding* se extendió a otras comisarias, y siempre fue infligida a sospechosos de terrorismo. La conclusión de la entrevista es llamativa: “Habríamos conseguido los mismos resultados sin tortura”<sup>15</sup> (traducción nuestra).

En otro caso, sin embargo, la misma técnica provocó la muerte del torturado. Nos referimos al caso de Salvatore Marino. Aunque Marino fue detenido por ser sospechoso de formar parte del grupo que mató a un vicecomisario de policía, Beppe Montana, en julio de 1985 su cadáver fue hallado en una playa cercana a la ciudad de Palermo. En sus pulmones se encontró una gran cantidad de agua y sal que no podía atribuirse al ahogamiento del fallecido. El proceso concluyó el 26 de mayo de 1990 y se impusieron penas mínimas (dos años de cárcel a diez policías y sanción accesoria de inhabilitación del servicio con suspensión de la pena y de la sanción accesoria<sup>16</sup>).

Para un jurista puede no resultar extraño que los cuerpos que deberían velar por el cumplimiento de la ley cometan actos de violencia (ilegal). Lo importante es que haya un conjunto de normas que castiguen estas conductas. Pero, ¿es así? Contra lo que argumentó ante el TEDH el representante de Italia en los asuntos Cestaro y Bartesaghi Gallo antes citados, la larga odisea de los procedimientos para averiguar los hechos ocurridos en la Caserma Bolzaneto<sup>17</sup> y la escuela Diaz demuestra lo contrario, tal y como denunció el propio TEDH<sup>18</sup>.

Es verdad que hay una larga lista de disposiciones que pueden aplicarse a casos de tortura o tratos inhumanos o degradantes<sup>19</sup>. Sin embargo, esto es solo un espejismo, dado que el ordenamiento italiano está lejos de satisfacer los estándares internacionales que debería respetar.

---

*Contemporaneo*, 4 de abril 2014. Disponible en: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/2957-il-prof-de-tormentis-e-la-pratica-del-waterboarding-in-italia>.

<sup>15</sup> Sobre estos hechos, remitimos a N. RAO, *Colpire al cuore*, Milán: Sperling & Kupfer, 2011.

<sup>16</sup> El texto de la sentencia se encuentra en *Foro Italiano*, 1992, parte II, c. 531.

<sup>17</sup> Sobre las torturas en la caserma Bolzaneto, véase R. SETTEMBRE, *Gridavano e piangevano. La tortura in Italia: ciò che ci insegna Bolzaneto*, Einaudi, Turín, 2014.

<sup>18</sup> Las ridículas sanciones demuestran que el simple hecho de la ratificación de la Convención ONU no había tenido ninguna consecuencia en lo que respecta a la efectividad de la sanción en los casos de malos tratos o tortura cometidos por las fuerzas de seguridad.

<sup>19</sup> PUGIOTTO presenta un largo elenco de normas del Código Penal aplicables, antes de la reforma cit. 137-138. Sin embargo, el autor olvida el art. 572 CP, que sanciona hasta con 12 años el maltrato, posibilidad de sanción que fue citada por el representante del Gobierno italiano en el asunto Cestaro (apartado 199).

En un artículo muy detallado sobre el asunto, A. Pugiotto identifica seis defectos de la legislación vigente en 2014:

- 1) Se trata de ilícitos que, a menudo, son considerados delitos comunes, mientras que en el ámbito internacional la tortura y otras penas o tratos inhumanos y degradantes son delitos específicos que implican la responsabilidad penal de miembros de la Administración Pública.
- 2) Son delitos que, en su mayoría, no incluyen en la conducta típica la violencia psicológica, que, sin embargo, y según las normas internacionales, constituye tortura (“sufrimientos físicos y mentales”, precisa el art. 1 de la Convención ONU).
- 3) Algunos delitos citados antes –tal es el caso de la tortura– no contemplan el elemento psicológico, mientras que otros no abarcan todos los actos que se consuman en un acto de tortura (un ejemplo es el art. 608 del Código Penal, que sanciona solo la privación de la libertad personal, pero no el maltrato).
- 4) Las sanciones pueden ser objeto de ponderación con las atenuantes (tal y como ha sucedido en los casos de violencia en Diaz y los maltratos en la cárcel de Asti; en ambos casos, el Estado italiano ha sido condenado por el TEDH<sup>20</sup>), se puede aplicar la suspensión condicional de la condena y los responsables pueden beneficiarse de las leyes de amnistía e indulto (como ya hemos visto), todo ello a pesar de que la gravedad de la tortura, que justifica su consideración como “crimen contra la humanidad”, impone la expresa prohibición de aplicar a estos supuestos juicios de ponderación con eventuales atenuantes al fin de determinar la sanción<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Sobre los actos de violencia en la Cárcel de Asti, véase la Sentencia *Cirino e Renne vs. Italia*, de 26 octubre de 2017 (Applications n. 2539/13 and 4705/13) y CANCELLARO “A Bolzaneto e ad Asti fu tortura” cit.

<sup>21</sup> PUGIOTTO, “Repressione penale della tortura e costituzione. Anatomia di un reato che non c’è”, cit. p. 138. A nuestro modesto entender, es necesario plantearse si cada acto de tortura o tratamiento inhumano y degradante puede ser considerado un «crimen contra la humanidad», tal y como el autor parece afirmar a través de la referencia al Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 7 c.1 f). El riesgo estriba en confundir los dos planos: por una parte, la sanción de crímenes de guerra o crímenes en contra de la humanidad y, por otra, la sanción de conductas violentas llevadas a cabo en situaciones de paz, en las que, tal y como afirma el Estatuto, no hay ningún «ataque generalizado o sistemático contra una población civil» (art. 7 c.1). Al respecto, véanse también las consideraciones de T. PADOVANI, “Audizione alla Camera”, 22 de octubre 2014. Disponible en: <http://www.camera.it/leg17/126>

- 5) En muchos de los delitos antes citados se procede por querrela de parte, y esto reduce la posibilidad de aplicar la sanción prevista, dado que las víctimas temen represalias; por ello, muchos casos quedan impunes o se descubren por casualidad, de modo que el Estado vulnera su deber de investigar los hechos que constituyen tortura.
- 6) Aunque haya normas, estas no se aplican casi nunca debido a que las (previsibles) actitudes no cooperativas de los posibles testigos miembros de las fuerzas de seguridad con los investigadores –tal y como quedó patente en las investigaciones de los actos de violencia en la Escuela Diaz y en la Caserma Bolzaneto– y los reducidos plazos de prescripción impiden que se llegue al dictado de una sentencia firme. En contraste, tanto la Convención ONU como el Estatuto de la Corte Penal Internacional establecen que estos ilícitos deben considerarse delitos imprescriptibles<sup>22</sup>.

?tab=4&leg=17&idDocumento=588&sede=ac&tipo=. p. 6) y G. LANZA, “Verso l’introduzione del delitto di tortura nel Codice Penale italiano: una fatica di Sisifo”, *Diritto Penale Contemporaneo*, núm. 22, 28 febrero 2016, p. 5. Disponible en <https://www.penalecontemporaneo.it/d/4501-verso-l-introduzione-del-delitto-di-tortura-nel-codice-penale-italiano-una-fatica-di-sisifo>.

<sup>22</sup> En el fallo Cestaro, el propio TEDH insta al Gobierno italiano a evitar que se aplique la prescripción en casos en los que se aprecia una violación del art. 3 CEDH (apartado 208). Véase, por último, las observaciones del Comité ONU contra la Tortura (CAT/C/ITA/5-6) del 6 de diciembre 2017, que instan al legislador a eliminar cualquiera forma de prescripción en los supuestos de tortura (secciones 11-12), y E. ZUCCA, “Chiamatela come volete: è sempre tortura. La legge italiana tra cattivi maestri e principi delle Convenzioni”, *Studi sulla questione criminale*, XIII, 2, 2018, pp. 70-71. De nuevo (y al margen de cualquiera discusión acerca del valor vinculante de las recomendaciones del Comité), cabe preguntarse si la imprescriptibilidad (sin una norma que favorezca la colaboración del declarante) es realmente útil para, al menos, sacar a la luz casos de condena con confesiones obtenidas bajo tortura. Es decir, si el delito no prescribe, entonces cualquiera que no denuncie puede ser considerado cómplice o encubridor, lo cual podría constituir un enorme obstáculo para contar con testigos que puedan denunciar que se produjeron prácticas de tortura y que las confesiones y las pruebas se obtuvieron ilegalmente. El caso de Giuseppe Gulotta, que ha sido indemnizado por parte del Estado italiano con 6.5 millones de euros por las torturas que sufrió y su encarcelamiento durante 22 años por un delito que no cometió –delito del que se acusó él mismo para evitar las torturas– es llamativo. Su caso se reabrió cuando un carabiniere, por remordimiento y una vez seguro de que a los responsables no se les aplicaría sanción alguna, confirmó las torturas sufridas por el Gulotta. Véase N. BIONDO y G. GULOTTA, *Alkamar*, Chiare Lettere, Milano, 2013. Además, hay otra razón de carácter sistemático que puede aducirse contra la consideración de cualquier acto de tortura como delito imprescriptible. La calificación de un delito como imprescriptible implica el aumento de su sanción hasta los niveles de los otros delitos imprescriptibles del mismo ordenamiento a fin de evitar tratamientos sancionadores extre-

### 3. LO QUE DICE (Y NO DICE) LA REFORMA

#### 3.1. El texto

Analicemos ahora el contenido de la ley 110/2017.

El texto añade dos números al artículo 613 del Código Penal. Nos encontramos, por lo tanto, en el Título XII (delitos contra la persona), Sección III (delitos contra la libertad moral)<sup>23</sup>. El artículo 613 dispone:

*“Cualquiera que a través de hipnosis o en estado de conciencia, o a través del suministro de alcohol o drogas o con cualquier otro medio pone una persona, sin su consentimiento, en estado de incapacidad de entender o querer, será sancionado con pena de cárcel hasta un año. El consentimiento de las personas en el último inciso del artículo 579 no excluye la punibilidad. La sanción llega a los cinco años:*

- 1) Si el culpable ha actuado con la finalidad de hacer cometer a la víctima un crimen;*
- 2) Si la persona incapacitada produce un hecho que está previsto por ley como delito” (traducción nuestra).*

A este artículo, la ley añade dos artículos más: el 613 bis y el 613 ter.

El tenor literal de ambos preceptos es el siguiente:

Art. 613 bis (Tortura)

*“Cualquiera que con violencia o amenazas graves, o actuando con crueldad cause agudos sufrimientos físicos o un constatable trauma psíquico a una persona privada de la libertad personal o entregada a su custodia, potestad, vigilancia, control, cuidado o asistencia, o que se encuentre en estado de reducida defensa, será castigado con pena de cárcel de 4 a 10 años si el hecho se comete a*

---

madamente divergentes, una exigencia que produce, sin embargo, el resultado de incrementar las sanciones por aquel delito hasta uniformarlas a las del homicidio, el genocidio etc.

<sup>23</sup> La decisión de insertar el nuevo delito en este punto del Código ha sido criticada por un sector de la doctrina que alega que se trata de un delito que atenta también contra la integridad física y que, por ello, está sancionado mucho más gravemente que los otros delitos que siguen al artículo 613. Habría sido más oportuno introducir la reforma en la Sección I, después de las lesiones personales, en la medida en que se trata de una violación de la indemnidad física y psíquica. Véase A. COLELLA “La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 22 de junio 2014, pp. 30-31, disponible en: <https://www.penalcontemporaneo.it/d/3247-la-repressione-penale-della-tortura-riflessioni-de-iure-condendo> pp. 30-31 y LANZA, “Verso l’introduzione del delitto di tortura nel Codice Penale italiano: una fatica di Sisifo”, cit., 8-9. Contra M. PELISSERO, “L’introduzione del reato di tortura nell’ordinamento italiano [L. 110 DEL 2017]”, en A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO, (a cura di), *Dai decreti attuativi della legge “Orlando” alle novelle di fine legislatura*, Cedam, Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 228.

*través de más conductas o si implica un trato inhumano y degradante para la dignidad de la persona.*

— *Si los hechos del primer apartado son cometidos por un funcionario público o por encargado de un servicio público, con abuso de autoridad o en violación de los deberes de servicio, la pena es de 5 a 12 años de cárcel. La previsión del inciso anterior no se aplica en el caso de sufrimientos determinados por la ejecución de legítimas medidas de privación o de limitación de derechos.*

— *Si los hechos del primer apartado causan una lesión personal las sanciones de los anteriores incisos son aumentadas en un tercio si es una lesión grave y en la mitad si es una lesión gravísima.*

— *Si los hechos del primer apartado causan la muerte como consecuencia no intencional, la sanción es de 30 años. Si el culpable causa voluntariamente la muerte, la pena es la cadena perpetua” (traducción nuestra).*

#### **Art. 613ter (Instigación del funcionario a cometer tortura)**

*“El funcionario o encargado de un servicio público que instigue de manera concretamente idónea a otro funcionario o encargado de un servicio público a cometer delito de tortura, si la instigación no es aceptada o si la instigación es aceptada pero el delito no se consuma, será sancionado con pena de cárcel de seis meses a tres años” (traducción nuestra).*

La ley tiene, además, otros 3 artículos:

Art. 2. Se introduce la prohibición de utilización de las pruebas o declaraciones obtenidas bajo tortura, salvo que estas vayan en contra de las personas acusadas por este delito y solo a fin de probar su responsabilidad penal (se añade otra disposición al art. 191 segundo apartado del Codice di Procedura Penale).

Art. 3. Se adiciona al art. 19 del Testo Unico delle disposizioni in tema di immigrazione (d. lgs. 286/1998) un nuevo c.1 bis, que dispone: “La negativa, expulsión o extradición de una persona a un Estado no están permitidas si existen motivos razonables para creer que puede ser sometida a tortura. La evaluación de estos motivos tendrá también en cuenta la existencia en ese Estado de violaciones sistemáticas y graves de los derechos humanos”.

Art. 4. Se excluye la inmunidad para los extranjeros investigados o condenados por el delito de tortura por otro Estado o por un tribunal internacional y se dispone el deber de extradición.

### **3.2. Problemas de contenido y de aplicación**

¿Consigue la reforma neutralizar las críticas al Estado italiano por el incumplimiento de sus compromisos internacionales? ¿Resulta posible afir-



mar que se ha solucionado el problema sistémico del que habla el TEDH en el caso Cestaro?

Parece que no: la reforma italiana no cumple, al menos del todo, con lo establecido en el sistema europeo de derechos humanos, sobre todo por la redacción de su art. 1. Falta una especificación clara de los supuestos con base en los cuales puede determinarse cuándo se comete el delito, insuficiencia que genera una gran disparidad en los posibles tratamientos sancionatorios (que, por otra parte, son muy duros en sus grados máximos si se comparan, por ejemplo, con los de la legislación española<sup>24</sup>).

Según la misiva del presidente de la Comisión del Consejo de Europa Nils Muiznieks a los miembros de la Cámara de los Diputados de Italia el 16 junio de 2017, la redacción del texto que posteriormente se convertiría en ley suscitaba preocupación por diversos motivos:

- 1) El peligro de que muchos actos inhumanos y degradantes que escapan a la definición prevista en la ley queden impunes,
- 2) El riesgo de que se sancionen solo los actos de tortura psíquica cuyos traumas sean verificables<sup>25</sup>,
- 3) Que el hecho de que la tortura se considere un delito común tenga como consecuencia la falta de sanción, así como la falta de protección contra los actos de tortura llevados a cabo por parte de funcionarios públicos,

---

<sup>24</sup> Véanse los artículos 174 y 175 del Código Penal vigente. Creemos que la enorme diferencia entre los grados máximo y mínimo de la pena es consecuencia de la necesidad de que no se aplique la prescripción, tal y como exige el TEDH al Estado italiano.

<sup>25</sup> En relación con la necesidad de que los sufrimientos psíquicos constituyan un trauma verificable, M. LA TORRE "Una legge contro la tortura?", *Ordines*, 1 agosto 2017, (Disponible en: <http://www.ordines.it/una-legge-contro-la-tortura-di-massimo-la-torre/>) habla de la inversión de la carga de la prueba y M. LALATTA COSTERBOSA, "Argumentos contra la tortura: La definición de tortura, el Estado de Derecho y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Derechos y Libertades*, núm. 39, 2018, p. 32, afirma que la noción de trauma verificable no es «constatable la mayoría de las ocasiones y además no necesariamente constatable en la inmediatez de los hechos»; véase también A. ZAMPERINI, M. MENEGATTO, "Tortura psicologica e trauma psichico: la legge e la scienza", *Studi sulla questione criminale*, vol. XIII, núm. 2, pp. 81-93, E. ZUCCA, "Chiamatela come volete: è sempre tortura. La legge italiana tra cattivi maestri e principi delle Convenzioni", cit., pp. 74-75. Por otra parte, creemos que es necesario reafirmar el principio de la *actividad probatoria empírica*, que implica que «la actividad probatoria se lleve a cabo de modo coherente con la aproximación al mundo externo que corresponde a nuestro sistema de creencias; habrá de acomodarse, por lo tanto, a la metodología de verificación empírica así como a las reglas de lógica y argumentación aplicadas a aquella vinculadas» (DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, cit., p. 157).

- 4) La posibilidad de que los delitos sean objeto de leyes de amnistía, indulto o de otras medidas suspensivas de las penas que generen situaciones de impunidad<sup>26</sup>.

En el fallo *Azzolina et al. vs. Italia* de 26 de octubre de 2017 (67599/10), relativo los actos de violencia en la Caserma Bolzaneto, el TEDH aprecia la aprobación de la ley (apdo. 162). Sin embargo, solicita que durante las investigaciones y los juicios por delitos de tortura los imputados sean suspendidos del servicio y que, si son condenados, sean despedidos, a diferencia de lo que ha ocurrido hasta ahora (apdos. 163-164). Además, el TEDH lamenta la falta de colaboración de la fuerzas de policía y la imposibilidad de identificación que para los denunciantes supone la ausencia de algún distintivo que acredite la condición de la mayoría de los autores de los actos de violencia (apdos. 151-152).

Por su parte, la doctrina italiana ha señalado otros problemas, referidos en particular al art. 1 de la ley<sup>27</sup>.

### 3.2.1. ¿Múltiples actos o solo una conducta?

En primer lugar, y en línea con las dudas expresadas por el Comisario Muiznieks, no está claro que, para que pueda sancionarse un acto como tortura, deba haber una repetición del acto (cabe recordar aquí que el criterio de la repetición fue el resultado de la inserción de una enmienda en el texto finalmente aprobado en el Senado el 17 mayo de 2017). Si fuera necesaria la repetición de los actos de violencia o amenaza, entonces se reduciría la posibilidad de subsumir muchos actos de violencia en el tipo penal de tortura. Ello contravendría la jurisprudencia del TEDH, que, en los fallos *Gäffen* de la Quinta Sala, del 1 de junio de 2010 –y luego la Gran Sala, 28 septiembre 2015–, y, posteriormente, en *Bouyid vs. Bélgica*, afirma claramente que la violación del art. 3 se produce también mediante un solo acto. Parte de la doctrina ha considerado que el texto no impone, sin embargo, que haya varios episodios, en el sentido de que puede que haya un solo episodio con varias

<sup>26</sup> El texto se puede encontrar en: <https://rm.coe.int/letter-from-nils-muiznieks-council-of-europe-commissioner-for-human-ri/1680727baf>.

<sup>27</sup> La doctrina aquí citada analiza también los textos de la ley aprobada que fueron presentados en las dos Cámaras antes de su definitiva aprobación. Naturalmente, nos referimos solo a las disposiciones finalmente aprobadas.

acciones<sup>28</sup>. Por otra parte, el mismo Servicio de Estudios de la Cámara proporciona un auxilio hermenéutico sobre este extremo. En su Dossier 149/3 sobre “Introduzione del delitto di tortura nell’ordinamento italiano” (A.C. 2168-B, del 23 junio de 2017 a p. 3), afirma:

“[...] a partir de la formulación del texto parece que, aun faltando la pluralidad de las conductas, se consuma el delito de tortura cuando se produce un trato inhumano y degradante para la dignidad de la persona. En esta última hipótesis, para imputar el delito no debería tenerse en cuenta la pluralidad de las conductas» (traducción nuestra)”.

### 3.2.2. El doble papel de la crueldad y el riesgo del juez legislador

Por lo tanto, el texto no parece imponer la interpretación de acuerdo con la cual el delito de tortura debe consumarse a través de varios actos, sino que estipula que es suficiente la comisión de un acto si éste es inhumano y degradante. Por otra parte, hay que hacer notar que el texto parece indicar que, para que un solo acto de violencia pueda constituir tortura (y, por lo tanto, no se produzcan *violenze* o *minacce gravi*, sino un solo acto –de *violenza* o *minaccia* (violencia o amenaza)–), es preciso que su ejecutor actúe con “crueldad”. Es tarea ardua, sin embargo, determinar cuándo un sujeto actúa con crueldad. Más allá de que el ordenamiento italiano prevé la agravante de actuar con crueldad, y dejando a un lado el carácter a menudo subjetivo e indiciario de la evaluación de lo que, a pesar de ser cruel, escapa de la «normalidad causal», el intérprete se ve obligado a utilizar este canon no ya para determinar el *quantum* de una sanción, sino el propio tipo penal: la tortura y el trato inhumano y degradante, lo cual constituye una violación del principio de legalidad penal. En este caso, la doctrina ha puesto de relieve la insuficiente delimitación de la conducta tipificada y el riesgo de que se atribuya al juez la tarea de distinguir los niveles de ofensa al bien jurídico de una acción que, en función del intérprete y aplicador de turno, podría ser calificada alternativamente como tortura, trato degradante, trato inhumano o simplemente maltrato –con lo que, al menos en este último caso, la ley 110/2017 no añadiría nada nuevo al ordenamiento jurídico, dado que el maltrato está ya previsto *ex art.* 572 CP<sup>29</sup>– a fin de precisar el tratamiento

<sup>28</sup> P. LOBBA, “Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e Diritto penale internazionale”, *Diritto penale contemporaneo*, 10, 2017, p. 226.

<sup>29</sup> Art. 572 CP. “Chiunque, fuori dei casi indicati nell’articolo precedente, maltratta una persona della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l’esercizio

sancionatorio. Queda así poco claro cuál es el criterio para distinguir los diversos tipos penales, además de que se otorga al juez un papel análogo al del legislador y que, como se ha apuntado, se vulnera el requisito de legalidad entendido como la determinación suficiente de los tipos penales<sup>30</sup>. En este punto, el texto adolece de una constitutiva ambigüedad que solo una intervención de la Corte di Cassazione podría resolver en probables casos de aplicaciones divergentes<sup>31</sup>. Además, esta criticable formulación parece no tener en cuenta la jurisprudencia constante del TEDH, que establece una precisa escala de la gravedad de las violaciones del artículo 3: tratos degradantes, tratos inhumanos y tortura (la violación más grave)<sup>32</sup>. Por lo tanto, el objetivo de compatibilizar el ordenamiento italiano con lo que prevé el sistema europeo de derechos humanos no parece cumplirse.

### 3.2.3. *La cuestión del sujeto pasivo*

Además, y siempre sobre el alcance de la norma, cabe recordar la preocupación expresada por los magistrados de la Procura y del Tribunal de Génova, así como por una parte de la doctrina: la norma no se aplicaría a los

---

di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da due a sei anni. Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a ventiquattro anni".

<sup>30</sup> Véase I. MARCHI, "Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis C.P.", *Diritto Penale Contemporaneo*, núm. 7-8, 2017, pp. 162-163. Por otra parte, hay que anotar que LALATTA COSTERBOSA (cit. p. 31) considera el caso Torreggiani –en el que Italia fue condenada por trato inhumano y degradante por mantener a los reclusos en celdas abarrotadas– un caso de tortura. A nuestro modesto entender, la autora confunde aquí tipos penales diferentes.

<sup>31</sup> Por otra parte, LOBBA ("Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e Diritto penale internazionale", cit., p. 187) señala que la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos tiende a codificar normas siempre más ambiguas que las de las legislaciones domésticas, normas que contrastan con el principio de determinación en materia penal.

<sup>32</sup> MARCHI, "Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis C.P.", cit., p. 162. Véase también la sentencia Gäfgen, Gran Sala, apdos. 89-92. Por otra parte, en su declaración en la Cámara de 18 de junio de 2014, el representante del sindicato SIAP ya advertía de la necesidad de distinguir en el texto los supuestos de trato inhumano y degradante y tortura. Véase: [http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/stenografici/pdf/02/indag/c02\\_tortura/2014/06/18/leg.17.stencomm.data20140618.U1.com02.indag.c02\\_tortura.0002.pdf](http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/stenografici/pdf/02/indag/c02_tortura/2014/06/18/leg.17.stencomm.data20140618.U1.com02.indag.c02_tortura.0002.pdf). Estas consideraciones fueron asimismo vertidas por la representante de la Associazione Nazionale Funzionari di Polizia en la misma audiencia.

casos de la Escuela Diaz<sup>33</sup>, provocando así la paradoja de que se apruebe una normativa que no podrá sancionar aquellos hechos que el TEDH considera insuficientemente sancionados.

Por otra parte, el temor de que casos como el de la Diaz queden fuera del alcance de la reforma se basa en una interpretación literal del art. 61 c. 5 del CP, que prevé la agravante de “estado de reducida defensa” (“Aggravano il reato [...] le circostanze di avere profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all’età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa”)<sup>34</sup>. Por lo tanto, la aplicabilidad de la nueva disposición a casos de brutalidad policial como el de la escuela Diaz depende de una apreciación de las circunstancias (en este caso concreto, ser despertados abruptamente por un grupo de hombres armados que declaran ser miembros de las fuerzas de seguridad y que, sin motivo aparente, recurren a una extrema brutalidad) como determinantes del estado de reducida defensa. Pero, si los jueces consideran que estas circunstancias no integran el estado de reducida defensa, entonces se corre el riesgo de que el TEDH condene nuevamente a Italia<sup>35</sup>.

#### 3.2.4. *¿Qué sufrimientos constituyen tortura?*

El último problema que plantea la aplicación de la norma es el siguiente: ¿Cuándo hay tortura? El texto habla de dos eventos típicos: los sufrimientos físicos agudos y los traumas psíquicos verificables.

Aquí la doctrina ha puesto de relieve la dificultad de verificar los traumas psíquicos provocados por prácticas degradantes o inhumanas que, sin embargo, no conllevan heridas o secuelas físicas (la llamada tortura *no-touch*), como los insultos, la privación del sueño, de la luz y del agua, o la imposición al sujeto de daños a su propia persona<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Véase: “I giudici del G8 scrivono alla Boldrini: “La legge in discussione è inapplicabile ai fatti del 2001”, Il secolo XIX, 26 junio 2017, URL: [http://www.ilsecoloxix.it/p/genova/2017/06/26/ASTYF45H-discussione\\_inapplicabile\\_scrivono.shtml](http://www.ilsecoloxix.it/p/genova/2017/06/26/ASTYF45H-discussione_inapplicabile_scrivono.shtml). Por otro lado, PELISSERO, “L’introduzione del reato di tortura nell’ordinamento italiano [L. 110 DEL 2017]”, cit., pp. 231-232, no tiene ninguna duda de que el caso de la escuela Diaz sería sancionado con la nueva ley.

<sup>34</sup> La introducción del “estado de reducida defensa” como condición en las que se puede encontrar el sujeto activo del acto de tortura es resultado de una enmienda del Senado en su votación de 17 mayo de 2017.

<sup>35</sup> Véase LOBBA, “Punire la tortura in Italia...”, cit., pp. 237-239.

<sup>36</sup> LANZA, “Verso l’introduzione del delitto di tortura nel Codice Penale italiano: una fatica di Sisifo”, cit., 14-15, ZAMPERINI-MENEGATTO, “Tortura psicologica e trauma psichico: la legge e la scienza”, cit.

Con respecto a la dificultad de determinar en qué sentido debe entenderse la expresión “agudos sufrimientos físicos”, de nuevo se corre el riesgo de atribuir demasiada discrecionalidad al intérprete y de violar, por tanto, el principio de determinación suficiente del tipo penal. La norma es, pues, susceptible de ser objeto de un juicio de constitucionalidad que podría determinar su nulidad<sup>37</sup>.

### 3.3. ¿Delito común o específico? La cuestión de las atenuantes para los casos de “tortura salvadora”

Otro motivo de crítica ha sido el hecho de que la ley no es clara a la hora de calificar la tortura como un delito común o específico. Con base en una interpretación sistemática de la ley, algunos juristas parecen optar por atribuir a este delito una naturaleza específica a partir de los siguientes argumentos:

- 1) que lo que parece una agravante *ex* párrafo 2 del art 613 bis es, en realidad, un tipo de delito específico, en la medida en que el sujeto activo es un funcionario al que se impone una sanción especial<sup>38</sup>,
- 2) que el párrafo 3 del art 613 bis niega que haya delito (y no, simplemente, que no haya agravante); por lo tanto, el apdo. 2 no es una agravante, sino un hecho específico al que se le aplica una sanción<sup>39</sup>.

Otro sector de la doctrina y el mismo Servizio de Estudios de la Cámara de Diputados y su homólogo –el Servizio studi del Senato– afirman que se trata de un delito común<sup>40</sup>. Además, el Servizio de Estudios afirma recurren-

<sup>37</sup> LANZA, “Verso l’introduzione del delitto di tortura nel Codice Penale italiano: una fatica di Sisifo” cit. 15. Sin embargo no hay que olvidar las precisiones del Servizio studi della Camera (p. 3), que recuerdan la naturaleza técnica, que deriva de la medicina legal, del concepto de “agudos sufrimientos”, circunstancia que reduciría el riesgo de falta de determinación de la norma penal puesto de relieve por Lanza. Véase: <http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/Pdf/GI0210C.Pdf>.

<sup>38</sup> F. CANCELLARO, “Tortura: nuova condanna dell’Italia a Strasburgo, mentre prosegue l’iter parlamentare per l’introduzione del reato”, *Diritto penale contemporaneo*, núm. 6, 2017, p. 327. Disponible en: [https://www.penalecontemporaneo.it/pdf-viewer/?file=%2Fpdf-fascicoli%2FDPC\\_6\\_2017.pdf#page=322](https://www.penalecontemporaneo.it/pdf-viewer/?file=%2Fpdf-fascicoli%2FDPC_6_2017.pdf#page=322), y LANZA, “Verso l’introduzione del delitto di tortura nel Codice Penale italiano: una fatica di Sisifo” cit. pp. 9-10.

<sup>39</sup> LOBBA, “Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e Diritto penale internazionale”, cit., p. 232.

<sup>40</sup> Respectivamente: <http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/Pdf/GI0210C.Pdf> y <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DOSSIER/912601/index.html>. Veánse, antes de la promulgación de la ley, las observaciones de F. VIGANÒ, “Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei Deputati”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 25 de



temente que esta formulación constituye una ampliación del alcance del delito respecto a lo establecido en la Convención ONU<sup>41</sup>. Hay que añadir que, antes de la reforma, la misma jurisprudencia de mérito había empezado a considerar la tortura como una versión extrema del delito (común) de maltrato y que, por lo tanto, la reforma no contradice ninguna *praxis* aplicativa, sino que le confiere legitimidad *ex post*<sup>42</sup>.

La mayor parte de la doctrina ha criticado la tesis de que la tortura es un delito común y ha sostenido que se trata de una elección del legislador destinada a no “estigmatizar” a las fuerzas de policía<sup>43</sup>. Sin embargo, al margen de consideraciones relativas a la oportunidad de insertar “cuestiones simbó-

---

septiembre 2014, p. 7. Disponible en: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3302-sui-progetti-di-introduzione-del-delitto-di-tortura--in-discussione-presso-la-camera-dei-deputati->, y COLELLA, “La sentenza della cassazione sui fatti della Scuola Diaz: un nuovo tassello nella trama dei rapporti tra sistema penale italiano e Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo”, cit. p. 32, que aprecian la calificación de la tortura como delito común y no específico aplicando una agravante al acto cometido por parte del funcionario de policía. Sin embargo, en el caso de que se promulgara un texto que la tipificase como delito común, COLELLA, “La sentenza della cassazione sui fatti della Scuola Diaz: un nuovo tassello nella trama dei rapporti tra sistema penale italiano e Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo”, cit. p. 43, precisa que sería necesario que el legislador aclarara que los actos cometidos por funcionarios no pueden ser objeto de ponderación entre circunstancias atenuantes y agravantes. Como veremos, no es este el caso del texto de la ley finalmente promulgada.

<sup>41</sup> Véase: <http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/Pdf/GI0210C.Pdf>. Este planteamiento se comparte por P. LOBBA, “Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura”, *Diritto Penale internazionale*, 2019, pp. 11, 17-22, 25-27, en URL <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/8573-lobba2019a.pdf>, PELISSERO, “L’introduzione del reato di tortura nell’ordinamento italiano [L. 110 DEL 2017]”, cit., pp. 230-231, SCAROINA, *Il delitto di tortura. L’attualità di un crimine antico*, cit., pp. 77, 260-266.

<sup>42</sup> Véase sentencia Tribunale di Monza 10 giugno 2016: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5035-la-configurabilita-della-tortura-in-senso-tecnico-nei-rapporti-inter-privati-un-caso-emblematico-org>.

<sup>43</sup> Véase LANZA, “Verso l’introduzione del delitto di tortura nel Codice Penale italiano: una fatica di Sisifo” cit. p. 23; MARCHI, “Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis C.P.”, cit. pp. 158-159; S. AMATO, M. PASSIONE, “La legge italiana: un profilo giuridico”, *Studi sulla questione criminale*, XIII, 2, 2018, pp. 51-54; ZUCCA, “Chiamatela come volete: è sempre tortura. La legge italiana tra cattivi maestri e principi delle Convenzioni”, cit., pp. 72-73. Las declaraciones de los sindicatos de los cuerpos de policía en las audiencias en la Cámara de los Diputados (18 y 26 de junio de 2014) son unánimes en su valoración positiva de la naturaleza común y no específica del delito, en la medida en que no se tipifica un delito “contra” la policía. Véanse todas las audiciones en: <http://www.camera.it/leg17/126?tab=4&leg=17&idDocumento=588&sede=ac&tipo=>.

En la audiencia del jefe de la Polizia di Stato, A. Pansa, se presenta otra ventaja de la tipificación de la tortura como delito común: el hecho de que, siendo un delito común, la

licas" en materia penal, el problema no parece ser la naturaleza del delito, sino la posibilidad de que el responsable pueda gozar de la aplicación de atenuantes *ex art.* 69 CP<sup>44</sup>, es decir, que se mantenga el riesgo de un insuficiente tratamiento sancionador –que, como hemos visto, ha sido objeto de censura por el TEDH–. En este caso, se ha apuntado que, tal y como sucede en otros delitos (fraude en proceso penal, maniobras tendentes a la obstrucción de la justicia, robo en domicilio, ilícitos en los que, además, las sanciones son a menudo inferiores a las previstas para el delito de tortura), el legislador podría haber introducido en el texto la prohibición de que el responsable pueda beneficiarse de la aplicación de atenuantes (que, como ya se ha dicho, fueron generosamente aplicadas a los torturadores de los presuntos secuestradores del general Dozier)<sup>45</sup>. Además, la no aplicabilidad de juicios de ponderación entre atenuantes y agravantes había sido expresamente estimada como necesaria para mantener la naturaleza particularmente ofensiva de la conducta si ésta es llevada a cabo por un funcionario por aquel sector de la doctrina que no veía inconveniente alguno en considerar la tortura como un delito común, no específico<sup>46</sup>. Sin embargo, el legislador no ha dispuesto aquella prohibición; por lo tanto, resulta posible aplicar las atenuantes a la sanción, lo que comporta el riesgo de nuevas censuras y condenas del TEDH fundadas en la ausencia de un adecuado marco sancionador<sup>47</sup>.

---

incoación del procedimiento de investigación no sería automática, dado que antes debería tipificarse la conducta. Audición del 29 de octubre de 2014, p. 7.

<sup>44</sup> Art. 69 CP. "Quando concorrono insieme circostanze aggravanti e circostanze attenuanti, e le prime sono dal giudice ritenute prevalenti, non si tiene conto delle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti, e si fa luogo soltanto agli aumenti di pena stabiliti per le circostanze aggravanti.

Se le circostanze attenuanti sono ritenute prevalenti sulle circostanze aggravanti, non si tiene conto degli aumenti di pena stabiliti per queste ultime, e si fa luogo soltanto alle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti.

Se fra le circostanze aggravanti e quelle attenuanti il giudice ritiene che vi sia equivalenza, si applica la pena che sarebbe inflitta se non concorresse alcuna di dette circostanze".

<sup>45</sup> MARCHI, "Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis C.P.", cit. p. 159 y LANZA, "Verso l'introduzione del delitto di tortura nel Codice Penale italiano: una fatica di Sisifo", cit. pp. 28-29.

<sup>46</sup> Véase COLELLA, "La sentenza della cassazione sui fatti della Scuola Diaz: un nuovo tassello nella trama dei rapporti tra sistema penale italiano e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", cit. p. 43.

<sup>47</sup> LANZA, "Verso l'introduzione del delitto di tortura nel Codice Penale italiano: una fatica di Sisifo", cit. p. 21 afirma además que, al no haber dejado abierta la aplicación del art. 69, el Estado italiano incurriría en violación del art. 4 de la Convención ONU, que establece

A nuestro juicio, en este punto, se abre un incómodo interrogante: ¿Detrás de la elección de considerar la tortura un delito común se halla (entre otras motivaciones, entre ellas la posibilidad de dejar amplia discrecionalidad a los órganos de la aplicación y la exigencia de no estigmatizar la labor de la policía) la decisión de dejar abierta la oportunidad de aplicar, con ocasión de un proceso, atenuantes en casos de torturas en los que está en juego la vida de una persona (es decir, el problema del *ticking bomb*), tal y como sucedió en el caso Dozier<sup>48</sup>, atenuantes que anulan el efecto sancionador y disuasorio de la disposición?

Esta posibilidad es contraria a la jurisprudencia del TEDH, jurisprudencia que ha mantenido un patrón de firme rechazo de cualquier acto que pueda resultar inhumano y degradante a costa incluso de provocar fracturas en el propio TEDH, tal y como sucedió en el caso *Bouyid vs. Bélgica* (sentencia de 28 de septiembre de 2015). Sin embargo, del análisis de un caso antes citado, *Gäfgen vs. Alemania*, parece desprenderse que queda abierta la posibilidad de que se apliquen las atenuantes en casos particularmente difíciles, aunque esto no afecte al hecho de que se han producido tratos inhumanos y degradantes o tortura –que, por lo tanto, deben ser sancionados–.

Como es bien sabido, el fallo *Gäfgen* trataba de un interrogatorio de diez minutos durante el cual se produjo un acto de violencia (se agitó a la persona y se la empujó, provocando que su cabeza golpeará la pared), así como varias amenazas de violencia sexual a esa misma persona, respecto a la que se tenía la certeza de que mantenía secuestrado a un niño (dado

---

la obligación del Estado parte de sancionar eficazmente a los funcionarios que practican la tortura.

<sup>48</sup> Contra la estrategia argumentativa del *ticking bomb* y su retórica, renviamos a M. LATORRE, “La teoría del derecho de la tortura”, *Derechos y libertades*, núm. 17, 2007, pp. 81-84; Y. GINBAR, *Why not torture terrorists? Moral, practical and legal aspects of the ‘ticking bomb’ justification for torture*, Oxford University Press, Oxford, 2010; M. LALATTA COSTERBOSA, “Diritto o violenza. L’impossibile legalizzazione della violenza”, *Studi sulla questione criminale*, vol. XIII, núm. 2, 2018, pp. 25-31. Una posición favorable a exculpar al autor de actos de tortura en casos en los que el uso de ésta sea “el único medio disponible para evitar un peligro serio para la vida humana” es defendida por K. AMBOS, *Terrorismo, Tortura y derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, Barcelona: Atelier, 2009, pp. 63-64. Lo que resulta llamativo es el hecho de que el autor hace hincapié en la decisión del tribunal en el caso del jefe de policía que ordena la tortura a Gäfgen, es decir el señor Daschner, que finalmente fue considerado responsable de las imputaciones, pero no le fue conminada sanción alguna (Ibid., p. 23).

que se había grabado al sospechoso recogiendo el dinero pagado para la liberación del niño, liberación que finalmente no se había hecho efectiva). En este caso, la Sección V del TEDH (sentencia *Gäfgen vs. Alemania* del 30 de junio de 2008) consideró que el recurrente fue víctima de un trato degradante durante el interrogatorio, pero que, en cualquier caso, en la decisión debían ponderarse el derecho del recurrente, la urgencia de encontrar el niño y la presión que sufrían los funcionarios de policía (apdos. 69-70), ya que la justicia de Alemania había reconocido los hechos (apdos. 77-82). Finalmente, el TEDH rechazó las peticiones del recurrente y consideró que no se había producido una violación de los artículos 3 (apdos. 77-82) y 6 de la Convención (apdos. 104-109).

Sin embargo, la Gran Sala (Sentencia *Gäfgen vs. Alemania*, 1 de junio 2010) puso orden en el asunto y especificó:

*"[...] el Tribunal admite la motivación que inspiró el comportamiento de los policías y la idea de que actuaron con el objetivo de salvar la vida de un niño. El Tribunal debe no obstante subrayar que, por lo que respecta al artículo 3 y su jurisprudencia constante (apartado 87 supra), la prohibición de maltrato es independiente de las actuaciones de la persona en cuestión o de la motivación de las autoridades. La tortura o un trato inhumano o degradante no pueden ser infligidos ni siquiera cuando la vida de un individuo se halle en peligro. No existe ninguna excepción, ni siquiera en caso de amenaza pública hacia la vida de la nación" (apdo. 107).*

En lo que respecta al tratamiento sancionador, la Gran Sala añadió:

*"[...] una condena a multas casi simbólicas, respectivamente, de 60 y 90 pagos diarios de 60 y 120 euros, sujeto a suspensión, no podría, en todo caso, ser considerada una reacción adecuada ante una violación del artículo 3, aun cuando se sitúe en el marco de la práctica del Estado demandado en materia de condenas. Una sanción parecida, manifiestamente desproporcionada en relación con una violación de uno de los derechos esenciales del Convenio, no tiene el efecto disuasorio necesario para prevenir otras transgresiones de la prohibición de malos tratos en situaciones difíciles que pudieran plantearse en el futuro" (apdo. 124).*

Cabe, pues, preguntarse si la decisión del legislador de no prohibir expresamente la ponderación con las atenuantes es coherente con la jurisprudencia del TEDH, aunque la aplicación de atenuantes determine únicamente el *quantum* del tratamiento sancionador. Una reducción drástica de la pena por la aplicación de atenuantes, tal y como sucedió en el asunto *Gäfgen*, o por la aplicación del indulto –como en el asunto *Cestaro*–, serían motivo de censura por parte del TEDH.

#### 4. UN LEGISLADOR VAGO, PERO RACIONAL

Parece difícil no compartir estas amargas conclusiones de una penalista:

*“Es exactamente el amplio margen de discrecionalidad de la redacción de la tipicidad del delito lo que obliga a los jueces a llevar a cabo las elecciones de política criminal que el legislador parece haber eludido”<sup>49</sup> (traducción nuestra).*

A la espera, por lo tanto, del desarrollo jurisprudencial de este incierto tipo penal, el filósofo o sociólogo del Derecho pueden extraer una conclusión: el legislador sobre el asunto de la tortura es perezoso; prefiere no legislar aunque haya asumido algún compromiso (así sea de *softlaw*, en el caso de la Convención ONU) para hacerlo. Si decide legislar –por ejemplo, cuando es condenado varias veces por un tribunal supranacional como el TEDH–, entonces produce un texto ambiguo. Es decir, con el ocaso del mito de la soberanía del Estado y la crisis de la capacidad reguladora de la ley frente a *praxis* administrativas o actitudes no cooperativas por parte de segmentos de la Administración Pública –tal es el caso de la fuerzas de seguridad–, cambia el concepto mismo de “legislador racional” (entendido como un legislador omnipotente y soberano que resuelve las contradicciones y colma las lagunas) y, con él, el papel que este concepto puede jugar como principio regulador en la aplicación/interpretación del Derecho.

No hace falta recordar aquí que el legislador dotado de una voluntad unívoca es una *fictio*: esto ya se sabe, al menos en un Estado multiclasa y democrático. Hay que reconocer que los textos legales pueden ser deliberadamente ambiguos y que hay que interpretarlos como tales, dejando a un lado las dificultades que conlleva determinar una específica *ratio legis* en un texto tan ambiguo y reconociendo que en estos casos de ambigüedad es necesaria la intervención sistematizadora de las cortes superiores (entre ellas, la TEDH<sup>50</sup>) sin la cual no podría realizarse el principio de determinación de las normas penales<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> MARCHI, “Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis C.P.”, cit. pp. 166-167 (traducción nuestra). Por otra parte, el presidente de la Associazione Nazionale Magistrati en su audición en la Cámara el 22 de octubre de 2014 reconoció que el texto de ley deja una enorme discrecionalidad al juez en su labor de aplicación. Véase: <http://www.camera.it/leg17/126?tab=4&leg=17&idDocumento=588&sede=ac&tipo=>.

<sup>50</sup> En su intervención en la Cámara, ya citada, Padovani aclaró que la aplicación de la ley deberá hacer hincapié en la amplia jurisprudencia del TEDH; por lo tanto, no hay que enfatizar los riesgos de aplicación irracional de la norma.

<sup>51</sup> La doctrina penalista italiana habla de la «tendencia mediadora» propia de la legislación actual. “En efecto, la exigencia de equilibrar los bienes e intereses de varias fuerzas po-

Sin embargo, el caso del legislador italiano –que aprueba un texto ambiguo a raíz de una serie de condenas del Tribunal de Estrasburgo, con todos los problemas de insuficiente determinación del tipo penal que esa ambigüedad genera– sugiere algo acerca del propio concepto de “legislador racional” en un escenario como el actual, en el que los límites y vínculos impuestos a la creación del Derecho no son solo constitucionales, sino también “supranacionales”<sup>52</sup>.

Para clarificar este punto, recurriremos a la teoría de Atienza sobre los niveles de racionalidad de la legislación<sup>53</sup>. Resulta evidente que el texto de la ley se queda corto sin una intervención sistematizadora de la jurisprudencia al menos en los primeros cuatro niveles de racionalidad legislativa, pero no necesariamente en el quinto (en el nivel de la *racionalidad ética*). No es *lingüísticamente racional* (nivel I) porque define de manera ambigua una conducta –no resulta, por ello, posible determinar con precisión si se refiere a la tortura o a los tratos inhumanos y degradantes– y porque utiliza términos vagos (“estado de reducida defensa”) y con un componente altamente subjetivo (la crueldad). Por lo tanto, no está claro ni el contenido del mensaje ni su aplicación. No es, por ello, *racional en términos jurídico-formales* (nivel II), en la medida en que la ambigüedad y la vaguedad del texto generan redundancia con otras normas (por ejemplo, el maltrato) o antinomias (no queda claro si los actos de violencia de la escuela Diaz constituyen maltrato o tortura). No es *racional pragmáticamente* (nivel III) porque, al ser tan inciertos su aplicación y su contenido, la promulgación de la ley podría no influir en las conductas de sus destinatarios sin una aplicación de los jueces italianos coherente con la jurisprudencia del TEDH. Y, en el caso en el que no se produzca esta aplicación, no es *racional en sentido teleológico* (nivel IV) porque no se sancionarán eficazmente los casos de maltrato con las características que, en principio, el texto legal pretendía reducir.

---

lítico-sociales en conflicto se traduce en redacciones genéricas o inciertas de los tipos penales que, frecuentemente, se deben al intento de descargar en el poder judicial la función de mediar entre exigencias opuestas de tutela difícilmente compatibles en la sede más propiamente política” G. FIANDACA y E. MUSCO, *Derecho Penal. Parte General*, trad. de L. Fernando Niño, Bogotá: Temis, Bogotá, 2006, p. 99.

<sup>52</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, cit., p. 18 señala que es urgente la elaboración de modelos de racionalidad legislativa que contemplen los casos –como el expuesto en este ensayo– de leyes penales que “traen causa de decisiones provenientes de la Unión Europea o convenios internacionales”.

<sup>53</sup> ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, cit., cap. 2.



Por otra parte, seguramente el legislador sigue siendo racional también en otro sentido que hay que tener en cuenta: lo es en el sentido de que elabora el texto de la ley, que en este caso debe promulgarse a su pesar, con el coste electoral que presume más bajo. Por lo tanto, en casos en los que un grupo de presión consigue modificar un texto con éxito en una de las ramas del Parlamento<sup>54</sup>, seguramente el texto ambiguo será “el resultado de una negociación” y, sin embargo, la iniciativa será racional en la medida en que constituirá el mejor resultado posible (como veremos, también en el sentido que será un resultado moralmente aceptable) en una situación de conflicto en la que hay que aprobar un texto de reforma<sup>55</sup> de cuya aplicación en uno u otro sentido siempre podrá culpabilizarse a los jueces.

Para explicar el punto hay que percatarse del hecho de que, como ya se ha dicho, se trata de un texto plagado de ambigüedades, algunas de las cuales, sin embargo, pueden ir contra los intereses de los que se han opuesto a la reforma y que han hecho todo lo posible para que tengamos un delito común –tortura y tratamientos inhumanos y degradantes– en lugar de más de uno –un delito común y otro específico–. Debido a su indeterminación, la pena prevista para el delito común puede ser aplicada también a las fuerzas de policía por la comisión de acciones que, en abstracto, podrían ser legales, pero que se llevan a cabo mediante un uso desproporcionado de la fuerza<sup>56</sup>. Además, la consideración del delito como un delito de dolo genérico parece tener como objetivo no estigmatizar las tareas que son propias de las fuerzas de seguridad (obtener información, vencer una resistencia o perseguir una minoría). Sin embargo, en las audiciones del 18 de junio, el representante del sindicato SIULP ya protestó por el hecho de que faltara una determinación del dolo específico, dado que el texto habla de «causar» sufrimientos (*cagionare*) en vez de producir intencionadamente (*intenzionalmente infligge*) sufrimientos. En este caso, el sindicalista lamentaba el riesgo de que cual-

---

<sup>54</sup> El sistema electoral italiano prevé dos sistemas electorales para las dos Cámaras – que, sin embargo, tienen los mismos poderes legislativos–. Es muy infrecuente que el texto de una ley pueda tener el mismo apoyo en las dos Cámaras; por lo tanto, el texto está casi siempre sujeto a las enmiendas, que dependen de las relaciones entre los grupos parlamentarios.

<sup>55</sup> Otra cosa es determinar la reforma que pretendan los tribunales supranacionales. Contra la posición mayoritaria, LOBBA, “Punire la tortura in Italia...”, cit. pp. 205-206 afirma que el TEDH no ha solicitado la introducción de delitos específicos, sino solo la correcciones de las normas que dificultan los procedimientos judiciales y la aplicación de las eventuales sanciones a fin de terminar con las insuficiencias de los tratamientos sancionadores.

<sup>56</sup> LOBBA, “Punire la tortura in Italia...”, cit. pp. 246-247.

quier sufrimiento producido por omisión –por ejemplo, por falta de espacio o equipamiento– pueda conllevar una imputación por delito de tortura. Por lo tanto, no parece ser un texto deliberadamente ambiguo en cuanto que favorable a las fuerzas de seguridad<sup>57</sup>.

En esta situación de indeterminación –también sobre las razones encubiertas de la reforma–, los jueces deberán resolver las ambigüedades del texto legal y se les podrá acusar de «deslegitimar los cuerpos de seguridad», de «llevar al banquillo a los policías» o, si forman parte de una corte supranacional, de «ir contra los intereses de su país». Una estrategia de *blameshift*, de atribución responsabilidades que, teóricamente, debería soportar primariamente el legislador<sup>58</sup>.

Algunas circunstancias de la última fase del complejo *iter* parlamentario son clarificadoras<sup>59</sup>. El texto llegó a la Cámara de Diputados para su aprobación definitiva después de unos cambios introducidos primero en la Cámara, donde ya los sindicatos de policía habían conseguido retrasar su aprobación (el SAP, sindicato arriba citado, consideró una victoria el aplazamiento de la votación<sup>60</sup>) y después en el Senado. Hasta el 17 de mayo de 2017, el Senado no aprobó el texto, pero con algunos cambios significativos que fueron aceptados al final también por la Cámara:

- 1) La reducción de las penas máximas previstas por el apdo. 2 (la Cámara la había sugerido penas de entre 5 y 15 años),
- 2) La eliminación de la enmienda introducida por la Cámara que imponía duplicar el plazo de prescripción, dado que ya se había aprobado la reforma que aumenta a 36 meses el plazo de prescripción<sup>61</sup>,

<sup>57</sup> A. PUGIOTTO, “Una legge sulla tortura, non contro la tortura. Riflessioni costituzionali suggerite dalla l. 110 del 2017”, *Quaderni Costituzionali*, XXXVIII, 2, 2018, p. 402, por otra parte, parece sostener que las ambigüedades de texto son el resultado de una voluntad del legislador de no atacar eficazmente el fenómeno de la “Tortura de estado”.

<sup>58</sup> La estrategia de culpabilizar al juez representante en el TEDH es bien conocida en España a raíz de las polémicas que generó el fallo Del Rio Prada vs. España, sentencia de 10 julio de 2012. Acerca de estas polémicas, remitimos a A. CUERDA RIEZU, *La doctrina Parot, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la separación de poderes*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 126-136.

<sup>59</sup> L. GUADAGNUCCI, E. BARTESAGHI, “La legge sulla tortura: il difficile iter parlamentare”, *Studi sulla questione criminale*, vol. XIII, núm. 2, 2018, pp. 35-49.

<sup>60</sup> Véase <http://www.sap-nazionale.org/slitta-il-voto-sul-ddl-tortura-vittoria-del-sap/>.

<sup>61</sup> La reforma de la prescripción se encuentra en la Ley 103/2017. Ahora, sin embargo, se ha producido otra reforma del instituto de la prescripción con la Ley n. 3 (art. 1, lett. d, e, f). Sobre el tema véase G. L. GATTI, “Una riforma dirompente. Stop alla prescrizione del

- 3) La inserción del requisito de la existencia de múltiples violencias y amenazas y la aclaración de que la aplicación de las agravantes dependerá de la consumación de «los hechos». Por lo tanto, mientras en el texto original el delito se consideraba consumado en presencia de un solo hecho, parece que ahora hace falta más de una conducta –o que esta conducta sea considerada un trato inhumano y degradante o llevada a cabo con crueldad (con los consiguientes problemas de determinación de la sanción y de legislación suplente por parte de los órganos de la aplicación)–.
- 4) la atribución de la determinación de la condición de sujeto pasivo (como hemos visto antes par. 2.2.3) a la autoridad del culpable de los delitos, mientras que el texto de la Cámara hablaba de una sujeción indeterminada.
- 5) La eliminación del dolo específico, presente en el texto de la Cámara (“Chiunque cagiona acute sofferenze [...] al fine di ottenere, da essa o da un terzo, informazioni o dichiarazioni o di infliggere una punizione o di vincere una resistenza, ovvero in ragione dell’appartenenza etnica, dell’orientamento sessuale o delle opinioni, politiche o religiose”), y, por lo tanto, la consideración del delito como un delito de dolo genérico.

Aunque sea una ley resultado de una negociación, el texto finalmente aprobado no satisface a los sindicatos de policía, que, con la excepción del SIAP y el SILP (respectivamente, Sindacato Italiano Appartenenti alla Polizia y Sindacato Italiano Lavoratori di Polizia, afiliado al sindicato de izquierda CGIL), han denunciado la persecución de los miembros de los cuerpos de policía y han afirmado que la introducción del delito de tortura está destinada a satisfacer los deseos de aquellos que quieren criminalizar las fuerzas de seguridad<sup>62</sup>.

Por otra parte, en el momento de declarar el voto favorable del Partito Democratico –el partido de mayoría relativa en la Cámara–, el diputado Walter Verini pronunció unas palabras significativas:

*“[...] cuando se intenta conseguir un resultado –y es importante tener esta voluntad– se deben, sin embargo, calibrar las relaciones de fuerzas*

---

reato nei giudizi di appello e Cassazione”, *Diritto Penale Contemporaneo*, en URL <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6440-una-riforma-dirompente-stop-alla-prescrizione-del-reato-nei-giudizi-di-appello-e-di-cassazione>, consultado el 17/6/2019

<sup>62</sup> Véase: <http://www.siulp.it/tortura-siulp-dissenso-totale-esposizione-poliziotti-gravi-ripercussioni-preoccupazione-sicurezza-cittadini.html>.

*existentes y las opiniones de otras fuerzas políticas. Y si el Senado nos ha dejado este texto, tenemos dos alternativas: o cambiar el texto, quizás volviendo a los contenidos que la Cámara había deliberado antes de reenviarlo al Senado, o tomar la decisión de dar un importante paso adelante, es decir, introducir en nuestro ordenamiento el delito de tortura” (traducción nuestra)*<sup>63</sup>.

Por tanto, introducir el delito sí, tal y como exige el TEDH –y el Comité de Naciones Unidas–, pero con todas las ambigüedades que hemos analizado. Finalmente, el legislador que quiere minimizar los costes de sus decisiones y que se ve constreñido a modificar cierta ley a fin de evitar las condenas de una instancia jurisdiccional supranacional puede razonar conclusivamente del siguiente modo: si las cortes supranacionales –de las que forman parte también jueces nacionales (como es el caso de los últimos dos jueces italianos)<sup>64</sup>– son las que van exigir que el legislador introduzca un nuevo delito –o, mejor dicho, que cambie las normas que no permiten una eficaz sanción a casos de tortura–, que sean los jueces, que son independientes y que, a menudo, van a juzgar en Estrasburgo la aplicación de sus colegas, los que pongan orden en esta controversia. Lástima que, de este modo, se atribuya a la magistratura el papel de legislador suplente, opción que puede erosionar la separación de poderes<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Las declaraciones de voto se encuentran en: <http://www.camera.it/leg17/126?tab=5&leg=17&idDocumento=2168-B&sede=&tipo=>.

Por otra parte, véase el documento extremadamente crítico de Magistratura Democratica sobre la reforma, donde se afirma: “Il Parlamento si appresta a compiere un passo falso che non farà certo avanzare la tutela dei diritti

fondamentali e la qualità della nostra democrazia”: <http://www.magistraturademocratica.it/mdem/articolo.php?id=2778&a=on>.

<sup>64</sup> Véase L. LÓPEZ GUERRA, “El juez nacional: entre la experiencia (jurídica) y la apariencia (de imparcialidad)”, en L. LÓPEZ GUERRA, C. MORTE GÓMEZ, A.M. MENGUAL i MALLOL y G. CANO PALOMARES (coords.), *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión desde dentro. En homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 103-117.

<sup>65</sup> Sin embargo, ¿es todo culpa del legislador? ¿O más bien la ambigüedad de las normas depende también de un conflicto latente entre la lógica de la garantía de los derechos humanos, que empuja a aprobar textos que puedan abarcar todos los supuestos en los que se puede producir tortura y tratamientos inhumanos y degradantes, tal y como la víctima pretende, y la necesaria determinación de las normas penales? En este caso, la cuestión no radicaría en características del proceso decisonal italiano o en estrategias de decisión, sino en un conflicto latente entre dimensiones opuestas de justificación de las normas penales: la tutela de la víctima y las garantías de los imputados. No abordaremos este tema aquí, dado que es objeto de otro estudio.

## 5. UN ESBOZO DE UNA TEORÍA REALISTA DEL LEGISLADOR RACIONAL

Al hilo de todo lo expuesto hasta aquí, uno podría preguntarse de qué sirve este análisis para la filosofía del Derecho. Finalmente, podemos convenir en que el legislador –entendido como la mayoría del conjunto de los representantes de las asambleas legislativas– intenta crear un texto legal que no le genere más costes que beneficios. Pero, ¿es esto relevante, al menos en el sentido de que esta perspectiva muestra cómo funcionan las instituciones –que es lo que cualquier reformulación realista de un modelo trata de hacer– y no se limita a teorizar sobre cómo deberían funcionar? Adicionalmente, ¿no se corre el riesgo de racionalizar –es decir, de justificar– *ex post* prácticamente cualquier decisión legislativa?

Respecto a la primera cuestión, remitimos a una advertencia de Manuel Atienza, autor que, a propósito del enfoque de la racionalidad como reducción o distribución de los costes de la decisión, afirma que «lo que consigue explicar y predecir [...] es bastante poco o demasiado obvio; básicamente, que en una democracia representativa existe una tendencia a presentar y aprobar proyectos de ley que impliquen beneficios concentrados y costes difusos»<sup>66</sup>.

Atienza se refiere a un texto en el que, con base en las teorías de la *public choice*, Antonio La Spina<sup>67</sup> pretendía explicar –y, eventualmente, predecir– las decisiones de las diversas mayorías parlamentarias sobre leyes que otorgaran beneficios o impusieran costes a grupos determinados o al conjunto de los ciudadanos. Es claro que la aplicación sin matices de categorías como costes y beneficios conlleva el riesgo de hacer «cuantificables» elementos diferentes como los derechos fundamentales, que escapan a la idea utilitarista de que existe un sistema de medición universal para cualquier valor<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, cit. p. 73.

<sup>67</sup> A. LA SPINA “I costi della decisione. Per una sociologia dell’attività legislativa”, *Sociologia del Diritto*, núm. 3, 1987, pp. 49-77.

<sup>68</sup> Sobre la necesidad de una métrica unitaria que permita monetizar los costes véase I. ORTIZ DE URBINA GIMENO, “La economía como herramienta en la evaluación legislativa: análisis de costes, coste eficacia y coste beneficio”, en A. NIETO MARTÍN, M. MUÑOZ de MORALES ROMERO, J. BECERRA MUÑOZ (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, 2016, p. 88.

Sin embargo, al menos en el caso italiano, se ha confirmado el análisis de La Spina<sup>69</sup>. En el supuesto de conflicto enconado con grupos de interés concentrados y muy poderosos –como lo son, en cualquier Estado, las fuerzas de seguridad–, el legislador estará interesado en evitar la adopción de la decisión –tal y como ha conseguido con la tipificación del delito de tortura hasta 2017, es decir, hasta que se ha visto obligado hacerlo a raíz de las sentencias condenatorias del TEDH arriba citadas–. Por lo tanto, preferirá (alternativamente o conjuntamente) aprobar una legislación simbólica (por lo tanto, ineficaz) o una disposición con un contenido ambiguo cuyo significado y alcance deberán determinar los jueces.

Cabe añadir que, históricamente, el legislador italiano se ha servido del rol de “legislador suplente” que la magistratura ha tenido que asumir en relación con fenómenos y situaciones “de emergencia” –sobre todo en el ámbito penal: típicamente, la mafia o la corrupción– que suponían para aquél unos costes electorales, personales y organizativos muy altos<sup>70</sup>. Por lo tanto, y siguiendo a Atienza –que también considera relevante en la fase legislativa el análisis de los costes y los beneficios<sup>71</sup>–, hay que admitir que el análisis de los costes y beneficios de los *actores que tienen que decidir* –y no solo de los electores que van a pagar los costes de la legislación o que se benefician de los resultados– es una parte importante de la teoría de la racionalidad legislativa<sup>72</sup>. Precisamente estos costes podrían explicar por qué una mayoría parlamentaria acaba aprobando textos ambiguos con evidentes problemas de taxatividad, problemas que finalmente han de resolver los jueces<sup>73</sup>. Esta división del trabajo, cuyas aporías de legitimidad ya hemos puesto de relieve, puede ser rechazada –o no– porque es moralmente injusta o porque vul-

---

<sup>69</sup> LA SPINA, *I costi della decisione. Per una sociologia dell'attività legislativa*, cit. p. 70 y ss.

<sup>70</sup> Véase A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Il Mulino, Bolonia 2012, cap. IX.

<sup>71</sup> ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, cit., pp. 69-75.

<sup>72</sup> Por lo que hemos podido averiguar, el análisis de estos costes no forma parte de las investigaciones realizadas en el marco del análisis económico del Derecho penal, que se pregunta por los costes sociales de las medidas por emprender. Por el contrario, el problema del coste de una decisión para quien la toma es un elemento central en aquel sector de la ciencia política que concibe los partidos como organizaciones (un ejemplo de estudio del partido como organización se encuentra en el clásico A. PANEBIANCO, *Modelos de Partidos*, Alianza ed. Madrid, 1990). Por razones de espacio, no vamos a abordar estos temas.

<sup>73</sup> Este papel sistematizador de la judicatura es bien claro, por ejemplo, para V. FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid, 2002, cap. VII.



nera los principios de la Constitución italiana<sup>74</sup>. Sin embargo, hoy es difícil negar –no solo en Italia, sino también en España– que no hay un único centro de producción legislativa, sino varios en conflicto y, a veces, sin una posición clara en el sistema de fuentes<sup>75</sup>. Si este proceso de fragmentación del sistema de fuentes –o, para ser optimistas, de diálogo entre jueces y legisladores– ya está en marcha, entonces es fácil explicar (sin necesidad de calificarla como moralmente correcta) la decisión de las mayorías parlamentarias que aprueban textos ambiguos y delegan en el poder judicial la toma de decisiones de política criminal que pueden ser perjudiciales en términos de consenso electoral. Evidentemente, contra la concepción realista podría argumentarse que la caracterización de la racionalidad legislativa como la reducción de los costes para quien decide es un sinsentido, en la medida en que reduce el ideal de la democracia constitucional a una serie de intercambios entre grupos de interés –algunos electivos, otros profesionales o burocráticos– sin tener en cuenta a los ciudadanos, que se limitan a ejercer su derecho de sufragio activo en la elección de sus representantes. Si a la hora de juzgar la racionalidad de esta legislación identificáramos como elementos a tomar en consideración también los costes y beneficios de la instancia que crea el texto legal, entonces reduciríamos la producción de normas a un procedimiento de mera negociación de intereses carente de cualquier rasgo deliberativo. Ahora bien (al margen de que la idea de que en el parlamento solo caben argumentaciones de principio –es decir, deliberaciones– y nunca negociaciones<sup>76</sup> necesita ser demostrada empíricamente y justificada moralmente), frente al argumento anteriormente expuesto cabría replicar que, tal y como recuerda Kelsen en

---

<sup>74</sup> No entraremos en el denso y enconado debate entre neoconstitucionalistas principialistas o garantistas.

<sup>75</sup> Se habla, en este caso, de “desestructuración del sistema de las fuentes del Derecho” porque el sistema no anticipa la actividad de interpretación de las disposiciones y su aplicación, sino que es el resultado de esta actividad. G. PINO, “La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione”, *Ars Interpretandi*, vol. XVI, 2011, pp. 19-56. Es interesante señalar que, mientras que en muchos autores de metodología positivista, como PINO, el problema queda reducido a una cuestión descriptiva (por ejemplo, ¿cuál es hoy la ideología sobre las fuentes del Derecho aceptada por la cultura jurídica?), para Díez RIPOLLÉS (Id., *La racionalidad de las leyes penales*, pp. 146-147) ante la crisis del principio de certeza y de seguridad jurídica asociada a la proliferación de leyes penales en blanco o a la “acogida por nuestro legislador de propuestas normativas de casi cualquier rango emanadas por la Unión”, hay que responder con un firme compromiso ético.

<sup>76</sup> Sobre la necesaria dialéctica entre argumentación y negociación en la producción legislativa, véase J. ELSTER, *Argomentare e negoziare*, Anabasi, 2013. Y, más recientemente, J. L. MARTÍ, *La república deliberativa*, Marcial Pons, 2008, pp. 40-65.

referencia a los sistemas parlamentarios del siglo XX, hasta ahora no tenemos constancia de la existencia de alguna democracia sin organizaciones de partido<sup>77</sup>. Por lo tanto, no parece extraño complementar un modelo teórico de racionalidad legislativa con el análisis de los costes que los decisores y sus organizaciones tienen que asumir por sus decisiones. A no ser que consideremos irrelevante el hecho de que son los representantes electos –y no una élite de profesionales del Derecho– los que deben decidir<sup>78</sup> y que asumamos sin matices la idea de que todo programa legislativo en materia penal no puede ser otra cosa que un desarrollo de un conjunto de normas ya inscritas en una constitución o en unos convenios internacionales.

Llegamos aquí al segundo problema que suscita una reformulación realista del modelo de legislador racional. La cuestión puede ser formulada del siguiente modo: ¿Puede estar moralmente justificada (y, por lo tanto, ser racional desde el punto de vista ético) la actuación (basada en la concepción realista) del legislador que intenta reducir los costes para sí mismo –o, mejor dicho, para su organización– y maximizar los beneficios aunque sea a través de un texto ambiguo? Está claro que esta reformulación puede abrir las puertas a formas de justificación *ex post* sustentadas en la máxima maquiavélica de acuerdo con la cual “el fin justifica los medios”, o reintroducir en el debate sobre la racionalidad de la legislación la dicotomía entre ética y política o entre moral y Derecho mediante la asunción de la tesis de que no es posible articular un discurso racional sobre la justificación de una decisión legislativa en la medida en que siempre prima el interés de quien produce el texto de ley<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, Comares, Granada 2002, cap. II; véase más recientemente L. Ferrajoli, *Principia Iuris*, vol. 2, *Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 186-191. Además, Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, cit. p. 192 considera que una de las causas de la difusión del populismo penal es el hecho de que el rol de los partidos hayan quedado reducido al de simples emisarios de las emociones o creencias de los electores.

<sup>78</sup> Sobre el tema de la legitimidad de quién debe decidir, remitimos a las claras consideraciones de Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, cit.

<sup>79</sup> En este caso, tendríamos un retroceso considerable en el debate sobre la racionalidad de las decisiones legislativas, que reposa, desde su resurgimiento en los años 80, en la idea de que resulta posible deliberar racionalmente sobre los méritos morales de las leyes. Véase sobre la cuestión de la centralidad de la racionalidad ética en la racionalidad legislativa M. Atienza, “Argumentación y legislación”, en J.L. Díez Ripollés, A.M. Prieto del Pino, S. Soto Navarro, *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant Lo Blanch 2003, p. 44 que reconoce que en la elaboración de la ley el orden de los niveles de racionalidad se invierte: primero se decide que valores hay que perseguir a través de la ley y después cómo elaborar los textos legales.

Esta cuestión es enormemente importante y lo que se afirma a continuación es tan solo el esbozo de una posible réplica.

No estamos defendiendo un modelo de racionalidad legislativa en el que prime el interés del legislador de no perder votos –o de maximizarlos–. Está claro que este interés no supera un simple *test* de contradicción performativa: ningún candidato que pide el voto como futuro representante afirma que “hará solo lo que le conviene”: como mínimo, fingirá no hacerlo. Lo que aquí se está discutiendo es algo más modesto, a saber, si son posibles conflictos entre los requisitos estipulados para la formulación de las leyes –requisitos que constituyen los niveles I-IV de racionalidad expuestos por Atienza– y la racionalidad ética, entendida en este caso como la *reducción de los casos de violencia* ya tipificados como tortura<sup>80</sup>. Si es así, es decir, si existen estos conflictos, es bien posible que un texto legal con tantos defectos como la ley 110 –deficiencias determinadas por la voluntad del legislador de no erosionar el consenso electoral– pueda ser una ley “racionalmente ética” o “éticamente justificable” en la medida en que, en contraste con la situación previa su aprobación, reduce los casos de violencia regulados por la nueva legislación y/o sanciona más eficazmente a los responsables de los mismos (aunque pueda hacerlo con mayor diligencia). Por lo tanto, el resultado del proceso legislativo aquí evaluado podría ser mejor que las dos alternativas disponibles, que recordamos ahora: a) introducir en el ordenamiento una reforma insuficiente aun asumiendo el coste que supone la atribución implícita a los jueces del papel de «legisladores suplentes» y los riesgos de incertidumbre en la aplicación de la ley; y b) no modificar el ordenamiento y dejar todo como estaba. Afirmar esto no implica sostener la idea de que «en política (legislativa) todo vale», sino simplemente recordar el principio weberiano de que en política rige no solo la afirmación de determinados valores –la ética de la convicción–, sino también la responsabilidad del representante en las cámaras legislativas de actuar para que estos valores se traduzcan en disposiciones jurídicas aplicables y no se queden en papel mojado o en el compromiso de legislar “cuando se obtengan suficientes apoyos parlamentarios”. Y si, en fin, alguien recuerda que, tal y como está redactado el texto legal, se hace necesaria una permanente labor sistematizadora de la juris-

---

<sup>80</sup> Afirma ATIENZA (*Contribución*, cit., 94): “[...] los posibles conflictos entre niveles distintos deben resolverse –es racional hacerlo– dando prioridad a los niveles superiores, pero no sería racional que uno de esos niveles, o el valor que lo rige, pretendiera anular por completo a los otros”.

prudencia –que tendrá que “mancharse las manos” con continuas consideraciones éticas cuando es menester defender su carácter avalorativo–, siempre será posible replicar con la siguiente afirmación del Díez Ripollés: “El saber político-criminal –y el saber jurídico-penal que de aquel deriva– es, como su nombre indica, un saber político, y es en la arena política donde debe defender sus postulados”<sup>81</sup>.

O, más banalmente, podríamos recordar el antiguo dicho de acuerdo con el cual “el óptimo es enemigo del bien”.

FRANCESCO BIONDO  
*Università di Palermo*  
*Dipartimento di Giurisprudenza*  
*Piazza Bologni 8*  
*90134*  
*Palermo*  
*e-mail: Francesco.biondo@unipa.it*

---

<sup>81</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, cit. 197.